

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO (*)

Carlos Mário da Silva Velloso

Ministro do Tribunal Federal de Recursos e Professor da UnB.

SUMÁRIO. 1. Introdução: a crise do Supremo Tribunal Federal. 1.1. Tentativas de solução: os óbices regimentais e jurisprudenciais ao recurso extraordinário e a arguição de relevância da questão federal. 2. O STJ: a idéia de sua criação: antecedentes. 3. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988: composição e competência. 3.1. A competência originária do STJ. 3.2. A competência ordinária do STJ. 3.3. A competência especial do STJ — Recurso especial e recurso extraordinário. 3.4. O recurso extraordinário nas Constituições brasileiras. 3.5. O recurso especial da letra a do inciso III do art. 105 e a ampliação do raio de sua ação. 3.6. Recurso especial e recurso extraordinário: interposição simultânea. 3.7. O recurso especial da letra b do inciso III do art. 105. 3.8. O recurso especial da letra c, do inciso III do art. 105. 4.

(*) Palestra proferida no Ciclo de Palestras sobre o Poder Judiciário e a Nova Constituição, patrocinado pela Associação dos Advogados de São Paulo, no dia 26-9-1988; no I Seminário sobre Poder Judiciário e a Nova Constituição, no Tribunal de Justiça de São Paulo, patrocinado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação Paulista de Magistrados e Academia Paulista de Direito, no dia 25-10-1988; e no Seminário sobre a Constituição Federal de 1988, realizado no Rio de Janeiro e sob o patrocínio da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, no dia 2-12-1988.

1. *Introdução: A Crise do Supremo Tribunal Federal*

Devo falar-lhes a respeito do Superior Tribunal de Justiça, que, instituído pelo constituinte de 1988, será, no Estado Federal brasileiro, o guardião do direito federal comum, assim fazendo as vezes do Supremo Tribunal Federal, que será o guardião da Constituição.

Esse Tribunal, que tem sabor de novidade, foi, entretanto, imaginado há mais de vinte anos por eminentes juristas deste País. E isto se explica. É que, principalmente a partir dos anos sessenta, um grande número de processos que davam entrada na secretaria do Supremo Tribunal Federal originou o fenômeno a que se denominou de crise do Supremo Tribunal. Não obstante o esforço desenvolvido pelos seus juizes, a Corte Suprema não conseguia dar vazão àquele mundo de causas e de recursos. Os seus ministros mais criativos imaginavam solução para a crise. Victor Nunes Leal, que foi um dos maiores juizes do Supremo Tribunal, em conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em 1965, examinou o problema em vários de seus aspectos e apresentou alternativas para sua solução (Victor Nunes Leal, "Aspectos da Reforma Judiciária", Rev. de Informação Legislativa, Senado Federal, 7/15; Roberto Rosas, "Novas Perspectivas do Recurso Extraordinário", in Estudos em Homenagem a Aliomar Baleeiro, UnB, 1976, pág. 355; Carlos Mário da Silva Velloso, "A Arguição de Relevância da Questão Federal em Matéria Tributária", Rev. de Dir. Trib., 9-10/32). Uma dessas alternativas seria a adoção do requisito da relevância da questão de direito federal, discutida como condição para admissibilidade do recurso extraordinário, o que reduziria significativamente o número de feitos a serem julgados pelo Supremo Tribunal, idéia inspirada na experiência da Suprema Corte americana, que passou a praticá-la a partir da reforma de 1925. Em 1965, o Supremo Tribunal elaborou anteprojeto de reforma do Poder Judiciário, propondo nova redação para o inciso III do art. 101 da Constituição de 1946, assim: "III — julgar em recurso extraordinário, sendo de alta relevância a questão federal, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juizes". A proposta, entretanto, não foi acolhida (Carlos Mário da Silva Velloso, "A Arguição de Relevância da Questão Federal em Matéria Tributária", Rev. de Dir. Trib., 9-10/32).

1.1. Tentativas de solução: os óbices regimentais e jurisprudenciais ao recurso extraordinário e a arguição de relevância da questão federal

Ampliando-se, com a Constituição de 1967 e com a EC nº 1, de 1969, o direito regimental, já que ao Supremo Tribunal foi conferida competência para indicar as causas de recurso extraordinário que deviam ser julgadas, expediu a Corte Suprema emenda regimental, em novembro de 1969, para vigorar a partir de 1970, limitando o cabimento do extraordinário. O regimento interno passou a indicar os casos de cabimento desse recurso, tendo em vista a natureza, espécie e valor pecuniário da causa. Essa reforma regimental, entretanto, foi alvo de críticas, principalmente no ponto em que fixou a alçada para efeito do recurso extraordinário. Em 1975, com a finalidade de excluir o veto regimental ao cabimento do extraordinário nos casos que não o comportariam, aprovou o Supremo Tribunal a Emenda Regimental nº 3, que, reformulando o art. 308 do Regimento Interno, instituiu a arguição de relevância da questão federal. Em 4 de dezembro de 1985, o Supremo Tribunal editou a Emenda Regimental nº 2, com vigência a partir de 1.2.1986, a qual, na linha da exigência da relevância da questão federal como condição de conhecimento do extraordinário, reduziu, sobremaneira, o raio de ação deste. Com efeito: pela citada emenda, a Corte Suprema restringiu o cabimento do recurso extraordinário, nas hipóteses das alíneas a e d, do artigo 119, III, da Constituição de 1967, aos seguintes casos: I) ofensa à Constituição; II) nos casos de divergência com a Súmula do STF; III) nos processos por crime a que seja cominada pena de reclusão; IV) nas revisões criminais dos processos por crime a que seja cominada a pena de reclusão; V) nas ações relativas à nacionalidade e aos direitos políticos; VI) nos mandados de segurança julgados originariamente por tribunal federal ou estadual, em matéria de mérito; VII) nas ações populares; VIII) nas ações relativas ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, bem como às garantias da magistratura; IX) nas ações relativas ao estado das pessoas, em matéria de mérito; X) nas ações rescisórias, quando julgadas procedentes em questão de direito material; XI) em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal. (RISTF, art. 325). Na grande maioria dos casos, anota Theotonio Negrão, o recurso extraordinário somente caberia se fosse acolhida a arguição de relevância, pois esta seria a regra, já que as demais hipóteses constituíam exceção para um número muito reduzido de casos, registran-

do, mais, que as hipóteses das alíneas b e c, do art. 119, III, da CF, de 1967, não estavam sujeitas ao requisito da relevância (Theotonio Negrão, 'CPC e Legislação Processual em Vigor', RT, 18ª ed., 1988, pág. 979).

Restringiu-se, pois, sobremaneira, o raio de ação do recurso extraordinário, restrição legítima, esclareça-se, tanto sob o ponto de vista jurídico quanto sob o aspecto sociológico. Sob o ponto de vista jurídico, a legitimidade da emenda regimental defluiu da delegação legislativa conferida ao Supremo Tribunal pela Constituição; e, sob o aspecto sociológico, porque estava evidente que apenas onze ministros, não obstante doutos, sábios e infatigáveis no trabalho, não tinham condições materiais de conhecer de todos os recursos extraordinários interpostos das decisões dos tribunais federais e estaduais, num país cujo povo é judiciarista. Tornava-se necessário, pois, estabelecer óbices a esse recurso, sob pena de a Corte sucumbir diante da pletora de processos.

Não obstante os óbices instituídos pela Emenda Regimental nº 2, de 1985, informa o Ministro Washington Bolívar, em conferência que pronunciou em Ilhéus, Bahia, sob o título "A Magistratura e a Constituinte", o Supremo Tribunal recebeu e julgou, somente nos dois anos que se seguiram à edição daquela Emenda Regimental, em 1986, 36.557 processos, julgados 21.511, além de 9.485 julgados anteriormente (STF, Relatório, 1986, pág. 131). Em 1987: 20.430 processos recebidos; 20.122 julgados (STF, Relatório, 1987, pág. 5). Mas, acrescenta o Ministro do TFR, a Emenda Regimental nº 2, de 1985, "embora tenha atenuado, não conseguiu resolver a denominada crise do STF". (Washington Bolívar de Brito, A Magistratura e a Constituinte, conferência pronunciada em Ilhéus, Bahia, em agosto de 1988).

A Corte Suprema exigia, ademais, como condição de conhecimento do extraordinário, o requisito do prequestionamento da questão federal (Súmulas nºs 282, 317 e 356 do STF). No momento adequado voltaremos a nos referir a essa figura processual. De outro lado, com base na Súmula nº 400, a mera razoabilidade da interpretação da lei, ainda que essa interpretação não fosse a melhor, impediria o conhecimento do recurso extraordinário.

Todas essas medidas, todas essas exigências tornavam o recurso extraordinário um recurso difícil, que se colocava distante dos advogados brasileiros. O Prof. Miguel Reale, em artigo publicado recentemente, lembra os empecilhos postos na rota do recurso extraordinário, registra os óbices a esse recurso, não só no regimento

interno da Corte Suprema, como também na sua jurisprudência (Miguel Reale, 'O Novo Poder Judiciário', in Folha de S. Paulo, 18.4.1988, A-3).

O clamor dos advogados fazia-se ouvir em favor do alargamento do raio de ação do recurso extraordinário, mesmo porque os tribunais estaduais colocavam-se, na prática, como cortes de julgamentos definitivos, autênticas cortes supremas estaduais, por isso que apenas um reduzidíssimo número de causas é que sofreria a revisão extraordinária por parte do Supremo Tribunal. E já que estamos num debate científico, que os preconceitos precisam ser afastados, vale uma indagação: quantos tribunais estaduais estariam preparados para se tornarem cortes de julgamento definitivo, sem possibilidade de revisão de suas decisões por parte de um tribunal maior? Os senhores advogados por certo que saberão dar resposta a essa indagação.

2. O STJ: A Idéia de sua Criação: Antecedentes

Em 1965, teve lugar, na Fundação Getúlio Vargas, uma mesa-redonda, presidida pelo Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti e integrada pelos seguintes juristas brasileiros: Caio Tácito, Lamy Filho, Flávio Bauer Novelli, Miguel Seabra Fagundes, Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico Marques, Gilberto de Ulhoa Canto, Levy Fernandes Carneiro, Mário Pessoa e Miguel Reale. Preconizaram esses eminentes juristas, então, um tribunal que fizesse as vezes do Supremo Tribunal Federal, vale dizer, de um tribunal para julgamento de recursos extraordinários relativos ao direito federal comum. O relatório dessa mesa-redonda está publicado na Revista de Direito Público e Ciência Política, da Fundação Getúlio Vargas, vol. VIII, tomo 2, maio/agosto de 1965, págs. 134 e segs. Estabeleceu-se, então, conclusivamente:

“9 — Decidiu-se, sem maior dificuldade, pela criação de um novo tribunal. As divergências sobre a sua natureza e o número de tribunais que a princípio suscitaram debates, pouco a pouco se encaminharam por uma solução que mereceu afinal o assentimento de todos. Seria criado um único tribunal que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e *habeas-corpus* originários, os contra atos dos Ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados.

10 — Assim, também, os recursos extraordinários fundados exclusivamente na lei federal seriam encaminhados a esse novo Tribunal, aliviando o

De modo que, está-se a ver, os eminentes juristas que participaram da mesa-redonda promovida pela Fundação Getúlio Vargas, em 1965, preconizaram a criação do Superior Tribunal de Justiça, que acabou sendo instituído pelo constituinte de 1988.

Um outro dado deve ser trazido ao debate: um bom número de juristas e advogados brasileiros propugnavam por uma postura nova para o Supremo Tribunal, nos moldes, por exemplo, da Corte Suprema americana. O Supremo Tribunal, tal como faz a Corte Suprema americana, deve realizar o ajuste da constituição formal à constituição substancial, à constituição real, viva. É claro que uma Corte asoberbada com uma série de pequenas causas, com um grande número de recursos que versam o direito federal comum, não teria tempo para realizar essa relevante tarefa, que é própria de uma corte constitucional. Também esse dado influiu para que fosse adotada, pela mesa-redonda da FGV, em 1965, a decisão no sentido da criação de um tribunal que pudesse aliviar o Supremo Tribunal da sobrecarga de serviço. Está escrito, por isso, no relatório da mencionada mesa-redonda:

"11 — Realizada essa tarefa inicial pela mesa-redonda, que reduziu o seu debate a um projeto que vai em anexo, frisaram os seus membros, sem reservas que a sugestão em momento algum poderia significar um desprestígio para o Supremo Tribunal Federal. Seria antes o aprimoramento de uma instituição que teria a seu cargo somente matéria da mais alta relevância jurídica e constitucional, dispensando-o de outras mais da competência dos tribunais comuns, federais ou estaduais." (Ob. e loc. cit.).

No ano de 1963, um pouco antes, portanto, dessa mesa-redonda, em tese de concurso que apresentou para obtenção da cátedra de Direito Constitucional, o Prof. José Afonso da Silva propugnou pela criação de um Superior Tribunal de Justiça, para o fim de fazer as vezes do Supremo Tribunal, no que tange ao direito federal comum, nos moldes do que foi instituído pelo constituinte de 1988. (José Afonso da Silva, "Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro", RT, S. Paulo, 1963).

O Prof. Miguel Reale, que participou da mesa-redonda da Fundação Getúlio Vargas, em 1965, sempre pretendeu a criação de um Superior Tribunal de Justiça (Miguel Reale, "Folha de S. Paulo", 18.4.1988).

O Ministro Aliomar Baleeiro, logo após a sua aposentadoria no Supremo Tribunal, em entrevista concedida ao "Estado de S. Paulo", conforme dá notícia Miguel Reale, opinou favoravelmente à criação de um Tribunal Superior de Justiça, "que se encarregaria do julgamento de todos os recursos extraordinários que não envolvem matéria constitucional". (Miguel Reale, trabalho citado).

Recentemente, o Desembargador Muhamed Amaro, do Tribunal de São Paulo, apresentou trabalho que, nas suas linhas fundamentais, é o Superior Tribunal de Justiça que o constituinte de 1988 instituiu.

Em maio de 1985, pronunciei palestra na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, sobre o Poder Judiciário e a Nova Constituição, na qual formulei proposta de criação de três Tribunais Superiores de Justiça: um, de Direito Público, outro, de Direito Privado, e, o terceiro, de Direito Penal, que fariam as vezes do Supremo Tribunal no que tange ao direito federal comum. Escrevi:

"A nossa proposta inclui a instituição de Tribunais Superiores de direito público, de direito privado e de direito penal, estruturando-se a Justiça comum, federal e estadual, segundo o modelo das Justiças Eleitoral e do Trabalho. Ora, se o direito eleitoral e o direito do trabalho já têm os seus Tribunais de recurso especial, porque não tê-los, também, a justiça comum, nos seus três campos: de direito público, de direito privado e de direito penal. Nessa ordem de idéias, o T.F.R., Tribunal Superior da Justiça Federal, seria o Tribunal Superior de Direito Público da Justiça comum federal e estadual, instituindo-se mais dois outros, de direito privado (civil e comercial) e de direito penal, que abrangeriam, também, a Justiça comum federal e estadual."

.....

"Esses Tribunais Superiores — de direito público (T.F.R.), de direito privado — Tribunal Superior Civil — e de direito penal — Tribunal Superior Criminal — seriam competentes para conhecer de recurso não-ordinário interposto de decisão dos Tribunais de segunda instância da Justiça ordinária federal e estadual (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça, Tribunais de Alçada e Tribunais Militares, estes dois últimos existentes em poucos Estados). Noutras palavras, os Tribunais Superiores (T.F.R., Tribunal Superior Civil e Tribunal Superior Criminal) garantiriam a correta aplicação da lei federal e uniformizariam a jurisprudência dos Tribunais Federais e Estaduais de segundo grau."

.....

“As decisões desses Tribunais Superiores seriam, em princípio, irre-corríveis. Seria cabível, entretanto, o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal das decisões: a) que contrariassem a Constituição; b) dene-gatórias de *habeas-corpus*; c) em manifesta divergência com a Súmula do Su-premo Tribunal; d) no caso de a questão federal ter sido considerada relevan-te pelo Supremo Tribunal Federal.”

.....

“O sistema judicial brasileiro ficaria estruturado de uma certa forma seme-lhantemente ao sistema alemão. Aqui, não teríamos uma Corte Constitucional nos moldes da Lei Fundamental de Bonn. Mas o Supremo Tribunal Federal seria uma Corte mais constitucional do que de direito comum. E ele teria, em verdade, mais tempo para dedicar-se ao direito constitucional...”

(Carlos Mário da Silva Velloso, “O Poder Judiciário na Constituição: Uma Proposta de Reforma”, RDA 160/32; RDP 74/117).

Basta que o regimento interno do atual Superior Tribunal de Justiça especialize três Seções — uma de direito público, outra de direito privado e uma terceira de direito penal — para que tenhamos os três tribunais superiores por nós preconizados, em 1985.

O anteprojeto constitucional elaborado pela Comissão Provisó-ria de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18-7-1985, presidida pelo Senador Afonso Arinos, sustentou a cria-ção de um Tribunal Superior de Justiça nos moldes do que foi insti-tuído pelo constituinte de 1988 (DO de 26-9-1986, suplemento espe-cial ao nº 185).

Enfim, o Tribunal Superior de Justiça que, por vontade da As-sembléia Nacional Constituinte, foi criado, constitui, na verdade, uma aspiração dos juristas brasileiros, conforme vimos de ver. Insti-tuído como um tribunal da federação, como corte superior da Justi-ça comum federal e estadual, será ele o guardião do direito federal comum no Estado Federal brasileiro.

3. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988

O Superior Tribunal de Justiça está tratado na seção III, do Capítulo III, do Título IV, da Constituição de 1988, artigos 104 e 105.

Compõe-se o Superior Tribunal de Justiça de, no mínimo, trinta e três Ministros. Já há quem diga que trinta e três Ministros serão poucos para a carga de serviço reservada ao S.T.J. Já há quem afir-me que esse número crescerá, no Congresso. Pessoalmente, acho

que devemos começar com o número mínimo de 33 membros. Se se tornar necessário, então que se peça o aumento do número de juízes. Esses ministros serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo a) um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; b) um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

Fixou-se a idade máxima para ingresso no Tribunal em sessenta e cinco anos. Parece-me salutar a providência, que impede a nomeação de juízes às vésperas da aposentadoria.

Não têm assento no Superior Tribunal de Justiça os membros do Ministério Público do Trabalho e Militar, o que é razoável, por se tratar de Ministérios Públicos especializados, que funcionam perante tribunais especializados. Os advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios deverão ter mais de dez anos de efetiva atividade profissional, ou mais de dez anos de carreira, deverão ter notório saber jurídico e reputação ilibada e serão indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes (C.F., art. 94).

O Superior Tribunal de Justiça terá uma competência ampla, que será originária, ordinária e especial (C.F., art. 105, I, II e III). A mais importante dessas competências é mesmo aquela que conferirá ao Superior Tribunal de Justiça a qualidade de guardião do direito federal comum, vale dizer, a competência especial (C.F., art. 105, III).

3.1. A competência originária do STJ

Em apertada síntese, examinemos essas competências do S.T.J., começando pela competência originária (C.F., artigo 105, I).

A primeira delas é uma competência criminal: julgará o S.T.J. os Governadores dos Estados e do Distrito Federal nos crimes comuns. Essa competência, segundo Geraldo Ataliba, esvazia, de uma certa forma, os Tribunais de Justiça Estaduais, enfraquecendo-os diante do Executivo. Ela não presta obséquio, pois, à doutrina dos

freios e contrapesos, que torna harmônicos os Poderes do Estado. A minha esperança é de que essa competência — o julgamento dos Governadores de Estado nos crimes comuns — retorne aos Tribunais de Justiça, mantida a competência do S.T.J., no ponto, apenas no que se refere aos crimes federais, vale dizer, aqueles praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas autarquias ou empresas públicas.

Julgará o S.T.J., nos crimes comuns e de responsabilidade, originariamente, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais. (C.F., art. 105, I, "a"). Os juízes dos Tribunais de Alçada não foram abrangidos nessa competência originária do S.T.J. Eles serão julgados pelos Tribunais de Justiça dos Estados (C.F., art. 96, III).

Compete ao Superior Tribunal de Justiça, originariamente, o julgamento dos mandados de segurança e **habeas data** contra ato de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal (C.F., art. 105, I, "b"). O **habeas data** é um instituto novo, que o constituinte brasileiro foi buscar no que há de mais moderno no constitucionalismo e, se não me engano, foi idealizado pelo Prof. José Afonso da Silva. O **habeas data** é uma nova garantia constitucional de direito individual, que assegura o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (C.F., art. 5º, LXXII). Julgará o S.T.J., originariamente, os **habeas-corpus**, quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a" do item I, ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Quer dizer, se o coator ou paciente for Governador de Estado ou do D.F., desembargador, membro dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membro dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, do Ministério Público da União, que oficiem perante tribunais, a competência para o julgamento do **habeas-corpus** será do S.T.J. Vejam que, de fato, têm razão os que sustentam que essa competência esvazia os Tribunais de Justiça: o Governador, quando for paciente ou coator, a competência para o julgamento do **habeas-corpus** será do

S.T.J. A competência, em caso assim, deveria ser do Tribunal de Justiça estadual, em obséquio à doutrina dos freios e contrapesos.

Também quando o coator for Ministro de Estado, a competência para o julgamento do habeas-corpus será do S.T.J., ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. (C.F., art. 105, I, "c").

A Constituição de 1988 é, na minha opinião, uma Constituição que apresenta um saldo positivo. Mas ela tem defeitos, que precisam ser apontados, em debates científicos.

Vejam aqui um defeito da Constituição: é que, conferindo competência originária ao S.T.J., para julgamento de habeas-corpus, refere-se a Constituição, vimos de ver, aos desembargadores e membros de Tribunais como pacientes ou coatores (C.F., art. 105, I, "a", ex vi da alínea "c" do mesmo inciso). Indago, agora: e quando o coator for Tribunal? É preciso construir no sentido da competência do S.T.J. Onde está escrito desembargador, leia-se, também, Tribunal. Mas essa construção se complica, de uma certa forma, se, numa interpretação sistemática, trouxermos ao debate a competência originária do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de habeas-corpus, art. 102, I, "d" e "i". É que, na alínea "d" do inciso I, do art. 102, a Constituição usou praticamente das mesmas palavras utilizadas na alínea "c" do inciso I, do art. 105 (competência do S.T.J.). Todavia, logo após, na alínea "i" do inciso I, do art. 102, a Constituição foi expressa ao conferir ao Supremo Tribunal competência originária para o julgamento do habeas-corpus, originariamente, quando o coator ou o paciente for Tribunal. Será que a Constituição quer tirar do S.T.J. a competência originária para o julgamento de habeas-corpus quando o coator for Tribunal? Não acredito. Penso que há, no ponto — art. 105, I, "c" — defeito de técnica legislativa. A não se entender assim, teríamos o absurdo de não ser possível a impetração de habeas-corpus originário junto ao S.T.J., quando o coator for Tribunal de 2º grau, devendo esse habeas-corpus ser pedido diretamente ao Supremo Tribunal, que é Corte Constitucional, sobretudo, mas que tem jurisdição, é certo, sobre esses Tribunais estaduais, porque deverá julgar os recursos extraordinários, em matéria constitucional, das decisões dos mesmos (C.F., art. 102, III). De modo que é preciso construir, no particular, e ao Supremo Tribunal Federal competirá dizer, em última análise, o que é a Constituição, e certamente o fará de maneira satisfatória, para harmonizar o texto, em termos de sistema.

Julgará o S.T.J., ainda, os conflitos de competência entre tribunais de segundo grau (C.F., art. 105, I, "d", c.c. o art. 102, I, "o"), bem assim entre Tribunais e Juízes a eles não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos (C.F., art. 105, I, "d"), as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados (C.F., art. 105, I, "e"), a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (C.F., art. 105, I, "f"). No que tange à reclamação, ela só era cabível no âmbito do Supremo Tribunal, no regime da Carta de 1967. Agora, também o S.T.J. poderá disciplinar, no seu regimento interno, o procedimento da reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União, serão julgados, originariamente, pelo S.T.J. (C.F., art. 105, I, "g"). Devem ser compreendidos, nessa competência, parece-me evidente, os conflitos de atribuições entre autoridade judiciária da União e autoridade administrativa do Estado-membro, não previstos, expressamente, na alínea "g", mas ali incluídos de modo implícito.

Finalmente, julgará o S.T.J., originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. A referência aos órgãos da Justiça Federal constitui erro de técnica legislativa, porque os órgãos dessa Justiça — Juízes Federais e Tribunais Regionais Federais — não têm competência para o julgamento do mandado de injunção.

3.2. A competência ordinária do STJ

Compete ao S.T.J. julgar, em recurso ordinário, os habeas-corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória. Parece-me razoável essa competência ordinária. Presta-se obséquio, com isto, à liberdade individual e valoriza-se a garantia constitucional. Julgará, ainda, o S.T.J., em recurso ordinário, os mandados de segurança decididos

em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão.

Aliás, no que tange à competência ordinária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a Constituição de 1988 inovou, ao criar recurso ordinário para o Supremo Tribunal das decisões denegatórias de mandado de segurança proferidas pelos Tribunais Superiores em única instância (C.F., art. 102, II, "a"), bem assim ao conferir competência ao S.T.J. para julgar, em recurso ordinário, os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados e do Distrito Federal, quando denegatória a decisão (C.F., art. 105, II, "b").

Esses recursos ordinários não existiam na Constituição de 1967, lecionando Celso Barbi que "essas novas normas, especialmente as relativas ao Superior Tribunal de Justiça, têm o inconveniente de permitir a subida a essa Corte de questões meramente processuais, porque estas é que constituem o objeto da maioria dos mandados de segurança requeridos aos Tribunais dos Estados. Além disso, nos futuros Tribunais Regionais Federais predominarão entre os mandados de segurança os que atacam atos de juízes, nos quais o objeto será, também, em regra, questão de direito processual". Com isso, acrescenta o mestre mineiro, "questões de menor relevo jurídico irão encher as pautas daqueles Tribunais Superiores" (Celso Barbi, *Proteção Processual dos Direitos Fundamentais*, Rev. da AMAGIS, nº 18, pag. 21).

Compete ao S.T.J., finalmente, julgar, em recurso ordinário, as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no Brasil. Essas causas são julgadas, em primeira instância, pelos Juízes Federais. Tem-se, aqui, uma hipótese em que o recurso ordinário é interposto diretamente ao S.T.J. Há um outro caso em que o recurso ordinário da decisão do Juiz Federal é interposto diretamente para o Supremo Tribunal: no caso de julgamento de crime político. (C.F., art. 102, II, "b").

Daqui a pouco, daremos notícia mais pormenorizada a respeito. Refiro-me ao fato de o Supremo Tribunal Federal continuar com competência para julgamento de questões, originariamente e em recurso ordinário, que versem sobre direito comum. Parece-me que a Constituição, ao assim dispor, incorreu em erro, pois o Supremo Tri-

bunal deve ser o guardião da Constituição. E guardião da Constituição não deve julgar, em recurso ordinário, questões que versem, unicamente, o direito comum.

3.3. A competência especial do STJ. Recurso especial e recurso extraordinário

Esta é a competência mais importante do Superior Tribunal de Justiça, justamente a competência que realizará a vontade da Constituição, que é fazer do Superior Tribunal de Justiça o guardião maior do direito federal no Estado Federal brasileiro. Essa competência especial está assim inscrita no art. 105, III, "a", "b" e "c", da Constituição:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III — julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal."

Verifica-se, de pronto, que a Constituição de 1988 amplia, sobremaneira, o raio de ação do recurso especial, que é espécie de recurso extraordinário. Este recurso, o extraordinário, que tem origem no direito americano, não foi, entretanto, instituído pela Constituição de 1787. Foi o "Judiciary Act", de 1789, leciona Barbosa Moreira, que permitiu a revisão das decisões dos mais altos tribunais estaduais pela Suprema Corte, mediante writ of error, decisões que versavam, basicamente, a constitucionalidade e a legitimidade de leis e normas estaduais, "bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União". Nos dias de hoje, acrescenta o eminente processualista, "em termos ainda mais amplos, a Corte Suprema pode reexaminar decisões dos tribunais dos Estados quer através do *appeal*, quer do *writ of certiorari* (28 U.S.C. § 1.257)". (J. C. Barbosa Moreira, "Comentários ao CPC", Forense, V/436). O direito processual argentino absorveu, pelas Leis n.ºs 27, de 1862, e 48, de 1863, o recurso extraordinário, que é interposto das sentenças definitivas dos tribunais superiores das

províncias e julgado pela Corte Suprema. No Brasil, o recurso extraordinário surgiu com a República, inspirado no "Judiciary Act", de 1789, através do Decreto nº 848, de 24.10.1890, que organizou a Justiça Federal. A Constituição de 1891 o acolheu, no art. 59, § 1º, com o nome, simplesmente, de recurso: § 1º do art. 59: "Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas." A denominação de recurso extraordinário, anota Barbosa Moreira, surgiu no primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal, "passando à Lei nº 221, de 20-11-1894, art. 24, ao Decreto nº 3.084, de 5-11-1898, Parte III, arts. 678, letra "d", e 744, e a outros diplomas". (Barbosa Moreira, ob. e loc. cit., pág. 437). As Constituições que se seguiram, todas elas, cuidaram do recurso extraordinário.

3.4. O recurso extraordinário nas Constituições brasileiras

Vejamos, resumidamente, os pressupostos do recurso extraordinário nas Constituições brasileiras, a fim de que nos seja possível uma melhor análise dos requisitos do recurso especial na Constituição de 1988.

A primeira Constituição republicana, a Constituição de 1891, estabelecia, já vimos, no § 1º do art. 59, que "das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas."

A reforma constitucional de 1926 introduziu alteração e o recurso extraordinário ficou regulado da seguinte forma: § 1º do art. 60: "Das sentenças das Justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência, ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; b)

quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas; c) quando dois ou mais Tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos Tribunais referidos ou pelo Procurador-Geral da República; d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.”

A Constituição de 1934, no art. 76, III, prescrevia competir à Corte Suprema julgar, “em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;”.

A Carta Política de 1937 estabelecia, a seu turno, no art. 101, III, competir ao Supremo Tribunal: “julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância, a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.”

A Constituição de 1946, no art. 101, III, dispunha competir ao Supremo Tribunal “julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à

letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal."

A Constituição de 1967, sem e com a E.C. nº 1, de 1969, estabelecia os pressupostos do recurso extraordinário da seguinte forma, no art. 119, III: compete ao S.T.F., "julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivos desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal."

3.5. O recurso especial da letra "a" do inciso III, do art. 105, da Constituição, e a ampliação do raio de sua ação

A Constituição de 1988, ao disciplinar o cabimento do recurso especial, que substitui, no que tange, basicamente, ao contencioso da lei federal, o recurso extraordinário, ampliou, sobremaneira, o raio de ação deste.

A Constituição de 1891, instituía, de uma certa forma, como pressuposto do recurso extraordinário, no que tange ao contencioso comum, negar a decisão recorrida vigência à lei federal, ao estabelecer o cabimento do extraordinário quando a decisão do tribunal local negasse validade ou aplicação à lei federal. A reforma de 1926 falou mesmo em questionamento sobre a vigência ou a validade da lei federal. Pedro Lessa, entretanto, escrevendo sob o pálio da Constituição de 1891, deixou claro que seria cabível o extraordinário "quando a Justiça local não aplica a uma espécie judicial a lei federal aplicável." E indagava e respondia o grande juiz: "Qualquer que seja o modo como se verifique a não aplicação da lei federal? Sem dúvida nenhuma, sim. Pouco importa que a Justiça local declare previamente inaplicável a lei federal que pretende não aplicar ou que, tácita, silenciosamente, sem preliminarmente justificar o seu procedi-

mento, deixe de aplicar a lei invocada e reguladora da espécie, ou que, depois de interpretar essa lei, a omita ou despreze, no decidir o feito, ou que interprete essa lei por meio de tais paralogismos ou de tais sofismas que a faça negar o título, privilégio, isenção ou direito, em geral, que a lei realmente confere.” (Pedro Lessa, “Do Poder Judiciário”, págs. 110/111).

A Constituição de 1946 estabelecia, na letra “a”, do inciso III, do art. 101, como pressuposto do recurso extraordinário, que a decisão recorrida fosse contrária à letra de tratado ou lei federal. A Constituição de 1967, sem e com a E.C. nº 1, de 1969, pretendendo restringir o cabimento desse recurso, fixou, na letra “a”, do inciso III, do art. 119, que seria cabível o extraordinário no caso de a decisão recorrida ter negado vigência a tratado ou lei federal. Literalmente, negar vigência contém um *plus* em relação a contrariar. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não interpretou literalmente o dispositivo constitucional: no RE nº 45.255-GO, relator o Ministro Prado Kelly (RTJ, 43/666), a Corte Suprema decidiu, bem resumiu o Ministro Aliomar Baleeiro, no voto que proferiu nos ERE 64.810-PR, que “nega vigência à lei federal não só a decisão que afirma não estar ela em vigor, porque já não vigora ou ainda não vigora, mas também a que não a aplica, quando é ela aplicável, ou pretendendo ou fingindo aplicá-la, faz o frontalmente oposto do que diz, na letra e no espírito, o texto traído.” (RTJ, 51/828).

A Constituição de 1988, ao estatuir, na letra “a”, do inciso III, do art. 105, como pressuposto do recurso especial, não somente negar vigência a tratado ou lei federal, mas, também, contrariar tratado ou lei federal, pôs termo a qualquer controvérsia que ainda pudesse existir, deixando nítida a intenção de alargar, conforme falamos, o raio de ação do recurso extraordinário, que denomina de recurso especial e que será julgado pelo S.T.J.

Parece-me que, agora, não será possível a invocação da Súmula 400, do Supremo Tribunal, a dizer que a decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da C.F. É que essa súmula, que não tem aplicação em matéria constitucional (RTJ, 89/877; AR 890, “DJ” de 11.04.1980), foi construída tendo por base o pressuposto do art. 101, III, “a”, da Constituição de 1946, que falava em contrariar a letra de lei federal, e foi aplicada sob o pálio da Constituição de 1967, que, no art. 119, III, “a”, estabelecia negar vigência à lei federal. Hoje, quando a Constituição fixa, como pres-

suposto do recurso especial pela letra "a", do art. 105, III, haja a decisão recorrida contrariado ou negado vigência à lei, não me parece possível contentar-se o Tribunal, para não conhecer do recurso, com a simples razoabilidade da decisão recorrida, ainda que essa interpretação simplesmente razoável não seja a melhor.

3.6. Recurso especial e recurso extraordinário: interposição simultânea

Estabelecido está que o recurso especial da letra "a" situa-se no campo do contencioso do direito comum, ou da lei ordinária federal, unicamente. Imaginemos que a decisão do tribunal de 2º grau, estadual ou federal, contrarie dispositivo da Constituição e da lei federal, ou, que, pelo menos, isto seja alegado pela parte. Neste caso, dois recursos poderão ser interpostos, simultaneamente: o recurso especial, pela letra "a", do art. 105, III; e o recurso extraordinário, pela letra "a" do art. 102, III. Como serão processados e julgados esses recursos? O anteprojeto constitucional elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18.07.85, denominada Comissão Afonso Arinos, dava solução expressa, ao dispor, no parág. único do art. 281: "Quando, contra o mesmo acórdão, forem interpostos recurso especial e recurso extraordinário, o julgamento deste aguardará a decisão definitiva do Superior Tribunal de Justiça, sempre que esta puder prejudicar o recurso extraordinário." ("DOU de 26.09.86, Suplemento Especial). A Constituição vigente silencia, no particular. Pode-se, entretanto, adotar o sistema do anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, mediante lei. Aliás, no Código de Processo Civil, art. 498, há coisa parecida, relativamente à interposição de embargos infringentes e recurso extraordinário, quando a decisão recorrida contém julgamento unânime e julgamento por maioria: interpostos, simultaneamente, embargos infringentes e recurso extraordinário, ficará este sobrestado até o julgamento daqueles. Caso haverá, entretanto, excepcionalmente, em que a inconstitucionalidade é prejudicial do exame do mérito, ou, noutras palavras, caso haverá em que o julgamento do recurso extraordinário poderá prejudicar o recurso especial. Neste caso, o julgamento do recurso especial aguardará a decisão do Supremo Tribunal Federal.

O ideal, ao que penso, é que, da decisão do tribunal de 2º grau, que contiver os dois contenciosos — constitucional e de direito comum federal — seja interposto o recurso especial. Do acórdão do

S.T.J. poderá ser interposto o recurso extraordinário, no caso de esse acórdão contrariar dispositivo da Constituição. Isto, ao que penso, será mais racional.

3.7. O recurso especial da letra “b”, do inciso III, do art. 105

Examinemos as demais hipóteses de cabimento do recurso especial. Pela letra “b”, do inciso III, do art. 105, caberá o recurso especial no caso de a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal.

Esse pressuposto do recurso especial contém, no seu cerne, o contencioso constitucional, por isso que, de regra, quando um tribunal estadual julga válida uma lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, é porque reconhece o tribunal estadual que a lei ou o ato do Governo local comportava-se na competência constitucional assegurada a este, tendo a lei federal, pois, invadido competência local, pelo que é inconstitucional.

O contencioso constitucional, pois, é colocado, também, no Superior Tribunal de Justiça, por isso que o pressuposto do recurso especial da letra “b” é de índole constitucional.

3.8. O recurso especial da letra “c” do inciso III, do art. 105

Temos, finalmente, o recurso especial pela letra “c”: Quando a decisão recorrida der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. O recurso especial, neste caso, uniformizará a jurisprudência dos tribunais de 2º grau, estaduais e federais, fazendo valer a vontade da lei federal em todo o território nacional.

4. *Óbices ao Conhecimento do Recurso Especial: Impossibilidade*

Poderia o Superior Tribunal de Justiça estabelecer óbices ao conhecimento do recurso especial? Penso que não. No que tange a óbices regimentais, isto não seria possível. É que a Constituição não faz qualquer delegação legislativa ao Tribunal, tal como fazia a Constituição de 1967 ao Supremo Tribunal Federal, autorizando-o a indicar, no seu regimento interno, as causas que estariam sujeitas ao extraordinário, tendo em vista a sua natureza, espécie, valor pecuniário

e relevância da questão federal (C.F., 1967, art. 119, §§ 1º e 3º, "c"). Também ao Supremo Tribunal Federal a Constituição de 1988 não faz qualquer delegação legislativa.

4.1. O prequestionamento da questão federal

Seriam possíveis os óbices jurisprudenciais, como, por exemplo, a exigência do prequestionamento, a que a jurisprudência do Supremo Tribunal deu especial ênfase, como se pode ver dos enunciados das Súmulas n.ºs 282, 317 e 356?

Contou-me um famoso advogado que presenciara, num julgamento ocorrido no Supremo Tribunal, uma ocorrência que demonstrou a grande importância que o alto pretório emprestava ao prequestionamento: o Ministro Baleeiro apontava uma inconstitucionalidade de lei, demonstrava que a Constituição estava sendo violada pela lei ordinária, e um seu colega, um ilustre juiz, dizia: Ministro, não podemos conhecer dessa questão, porque não houve o prequestionamento. E o Supremo Tribunal assim decidiu, vale dizer, não declarou a apontada inconstitucionalidade.

Reconheço que a Constituição de 1891, art. 59, § 1º, "a" (com as Emendas de 1926, art. 60, § 1º, "a"), bem assim as Constituições de 1934, art. 76, III, e 1937, art. 76, III, exigiam o prequestionamento da questão federal, escrevendo Lúcio de Mendonça, segundo registra Roberto Rosas, que, "para o cabimento desse recurso era necessário que a questão provocada tivesse sido efetivamente agitada no processo movido perante as Justiças estaduais e lá tivesse sido julgada, buscando as origens dessa exigência no *"Judiciary Act"*. (Lúcio de Mendonça, *"Do Recurso Extraordinário"*, O Direito, vol. 71/176, ap. Roberto Rosas, *'Processos da Competência do Supremo Tribunal Federal'*, RT, 1971, pág. 127). As Constituições de 1946 e 1967, todavia, não faziam essa exigência. Se é certo que alguns doutrinadores de porte, o registro, é, ainda, de Roberto Rosas, "acham necessário o prequestionamento da matéria indicada como motivadora do recurso extraordinário", como Carlos Maximiliano (*"Comentários à Const. de 1946"*, II/373) e Odilon de Andrade (*"Comentários ao CPC"*, IX/354), não é menos verdadeiro que "outros autores consideram desnecessário o prequestionamento", como José Afonso da Silva, "para quem o silêncio constitucional desonera o recorrente da demonstração do prequestionamento" (*"Do Recurso Extraordinário"*, p. 198), Pontes de Miranda e Pedro

Batista Martins ("Comentários ao CPC", 2ª ed., XII/159; "Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais", pág. 389; Roberto Rosas, ob, cit., pág. 128).

O prequestionamento, sob o pálio da Constituição de 1988, não terá vez, ao que penso. É que o constituinte de 1988 quis alargar o raio de ação do recurso especial. Isto está evidente no texto constitucional. Ademais, de regra, o prequestionamento põe-se de forma implícita quando a decisão contraria ou nega vigência à lei federal.

5. *O Contencioso Constitucional no STJ*

O contencioso constitucional é do Supremo Tribunal Federal. O contencioso do Superior Tribunal de Justiça é o da lei ordinária federal. Aquele ocorrerá, entretanto, no Superior Tribunal de Justiça. Já vimos que, pela letra "a", do inciso III, do art. 105, da Constituição, o contencioso constitucional não será levado ao S.T.J., vale dizer, não caberá recurso especial para esta Corte no caso de a decisão dos Regionais Federais ou dos Tribunais estaduais contrariarem a Constituição. Se a decisão desses tribunais contrariar a lei e a Constituição, já falamos, haverá dois recursos: o especial, para o S.T.J., e o extraordinário, para o Supremo Tribunal. A lei deverá disciplinar o processamento e o julgamento desses recursos.

Imaginemos o caso em que a decisão sobre a inconstitucionalidade seja prejudicial do exame do mérito. Nessa hipótese, o julgamento do extraordinário é prioritário, vale dizer, o recurso extraordinário será julgado em primeiro lugar. Imaginemos que, neste caso, o Supremo Tribunal Federal resolva aplicar a conhecida regra de hermenêutica constitucional, no sentido de que não deve ser declarada a inconstitucionalidade se é possível emprestar à lei interpretação que a faça condizente com a Constituição. Destarte, mediante uma certa interpretação da lei, deixaria o Supremo Tribunal Federal de declarar a inconstitucionalidade. Estaria o S.T.J. obrigado a respeitar essa interpretação da lei ordinária, quando a competência para interpretar a lei ordinária é sua e não do Supremo Tribunal? Esta é uma questão importante e que tem ocorrido, por exemplo, nas Cortes constitucionais europeias. De um modo geral, as cortes superiores de direito comum recusam-se a admitir a interpretação da lei federal comum efetuada pelas cortes constitucionais. Esse problema por certo que surgirá aqui. Serão desafios. Repito a afirmativa anteriormente feita: esses desafios é que testam a capacidade criativa dos

juízes, é que fazem da função jurisdicional algo muito superior à mera aplicação da lei, mesmo porque o que o Judiciário aplica é o direito, do qual a lei é apenas uma parte.

Continuemos.

Se é certo que, pela letra "a", do inciso III, do art. 105, o contencioso constitucional não é pressuposto do recurso especial, certo é que esse contencioso poderá surgir no julgamento do recurso, pela letra "a", no seio do S.T.J., sem possibilidade de ser alegada, para a não admissão do debate constitucional, a figura processual do prequestionamento. Esse debate constitucional poderá surgir no julgamento do recurso especial pela letra "a", tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça não será o único tribunal do País em que não ocorrerá o controle difuso de constitucionalidade, já que esse controle difuso faz parte do sistema constitucional brasileiro.

Pela letra "b", do inciso III, do art. 105, o contencioso constitucional é pressuposto do recurso especial. Já falamos e não custa lembrar: quando um tribunal estadual julga válida lei ou ato de governo local contestado em face da lei federal, ele o faz, de regra, na suposição de que a lei federal invadiu área de competência constitucional do ente local. A questão se coloca, pois, no campo das competências das entidades políticas que compõem o Estado Federal. Vejam, então, que o contencioso constitucional foi colocado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como pressuposto do recurso especial, o recurso especial da letra "b".

Finalmente, no recurso especial da letra "c" poderá ocorrer o debate constitucional, caso este surja no exame do recurso. Também aí, não será possível a invocação da controvertida figura processual do prequestionamento, ou porque está ele implícito, ou porque a matéria constitucional emerge ao longo da demanda, hipótese em que o prequestionamento seria impossível.

O contencioso constitucional poderá surgir, também, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quando este exercitar as suas competências originárias e ordinárias (C.F., artigo 105, I e II). Registre-se, aliás, a propósito, que sempre que o Tribunal julga o mandado de injunção, faz controle de constitucionalidade, porque o mandado de injunção nada mais é do que uma ação de inconstitucionalidade por omissão em concreto. A ação de inconstitucionalidade por omissão da competência privativa do Supremo Tribunal dá-se no contencioso em abstrato. E tem o Superior Tribunal de Justiça competência originária para o julgamento do mandado de injunção quando a

elaboração da norma regulamentadora — a norma que torna ineficaz o direito constitucional — for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta (C.F., artigo 105, I, "h").

6. *A Primazia na Interpretação da Lei Federal*

Quem interpreta sistematicamente a Constituição, principalmente o capítulo do Poder Judiciário, verifica que a Constituição deseja, em última análise, que o intérprete maior da Constituição seja o Supremo Tribunal Federal, e que o guardião maior do direito comum federal seja o Superior Tribunal de Justiça. Então, enquanto a primazia na interpretação da Constituição deve ser do Supremo Tribunal, a primazia na interpretação do direito federal comum deve ser do Superior Tribunal de Justiça.

As coisas, entretanto, não são postas assim na Constituição, ou a questão não foi bem pensada no âmbito da Assembléia Constituinte. Há defeitos, pois, no particular, na Constituição.

Vejamos.

No campo do direito penal e do direito processual penal, a primazia na interpretação continua sendo do Supremo Tribunal Federal. O constituinte, no ponto, quis uma coisa e fez outra. O Supremo Tribunal, no que tange ao direito penal e processual penal, é uma corte mista, corte de direito constitucional e corte de direito comum.

É que julgará o Supremo Tribunal Federal, em recurso ordinário, o *habeas-corpus* decidido, em única instância, pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão.

Então, caberá ao Supremo Tribunal interpretar a lei penal comum. Se juntarmos essa competência à competência originária do Supremo Tribunal para o julgamento, nas infrações penais comuns, do Presidente da República, do Vice-presidente, dos membros do Congresso Nacional, dos seus próprios Ministros e do Procurador-Geral da República, dos Ministros de Estado, dos membros dos Tribunais Superiores, dos membros do Tribunal de Contas da União e dos Chefes de missão diplomática de caráter permanente, mais o *habeas-corpus*, sendo paciente qualquer dessas pessoas, e o *habeas-corpus*, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância, então essas competências todas

justificam a afirmativa no sentido de que, em tema de direito penal e processual penal, caberá ao Supremo Tribunal Federal a última palavra.

Isto constitui, na verdade, um defeito, pois o Supremo é corte constitucional e não de direito comum.

Mas há um outro defeito que deve ser apontado: se o S.T.J., decidindo em única instância, denegar o *habeas-corpus*, caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal. Se a mesma tese de direito, entretanto, for discutida num recurso especial, não haverá recurso para o Supremo, a menos que ocorra um dos pressupostos do recurso extraordinário, que é puramente constitucional. (C.F., art. 102, III). Isto quer dizer que a mesma tese de direito poderá ser encarada sob dois diversos pontos de vista: o do Supremo Tribunal e o do S.T.J. Apenas quando for possível o recurso ordinário, é que haverá possibilidade de a divergência ser reparada pelo Supremo Tribunal. Nos demais casos, não.

Com relação ao direito federal cível — o que não estiver contido no campo criminal está posto no campo cível — a questão apresenta dificuldade maior. É que o Supremo Tribunal Federal interpretará a lei federal comum, a lei ordinária federal, e o S.T.J. fará a mesma coisa. E, no campo cível, não haverá possibilidade de uniformização da jurisprudência, porque não haverá, nunca, o recurso, no que diz respeito ao contencioso de direito comum, para o Supremo Tribunal. Teremos, então, dois tribunais — o S.T.F. e o S.T.J. — interpretando a lei ordinária federal sem qualquer possibilidade de uniformização dessa interpretação.

Vejamos.

Começo por indicar uma competência originária do Supremo Tribunal Federal que deveria ser do S.T.J.: julgar, originariamente, os mandados de segurança contra atos do Tribunal de Contas da União. Ora, os Tribunais de Contas tiveram as suas competências aumentadas pelo constituinte de 1988, o que foi muito bom, em termos de busca da moralidade administrativa. Visando, por exemplo, a moralidade administrativa, procurando evitar a fraude contra a Constituição, no que concerne à admissão de servidores públicos, estabeleceu a Constituição que ao Tribunal de Contas da União competirá apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público (C.F., art. 70, III). Dirá o Tribunal de Contas, pois, da legalidade do ingres-

so do servidor público. Esta foi, na verdade, uma excelente medida adotada pelo constituinte, porque a Constituição de 1967 já exigia o concurso público para ingresso no serviço público. E aconteceu o que vimos: a Constituição foi fraudada, no ponto. De modo que, agora, haverá uma fiscalização efetiva por parte do Tribunal de Contas. Isto quer dizer que o direito administrativo, no que concerne aos servidores públicos, será interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, no caso de o servidor, que se julgar prejudicado pela decisão do T.C.U., impetrar mandado de segurança contra ato da Corte de Contas. Imaginemos que um outro servidor, na mesma situação, prefira a ação ordinária contra a União, tendo em vista o ato do Tribunal de Contas. O mandado de segurança poderá ser julgado de um modo e a ação ordinária de outro, sem possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal, se não tiver sido instaurado o contencioso constitucional. E não haverá possibilidade de ocorrer a uniformização da jurisprudência. Em muitas das demais competências originárias do Supremo Tribunal poderá ocorrer o mesmo. Exemplifiquemos com a competência originária da letra "e", do art. 102, I: competência do Supremo Tribunal para julgar, originariamente, o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou Território. Ao S.T.J. competirá, por sua vez, julgar, em recurso ordinário, as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País (C.F., art. 105, II, "c"), certo que estas últimas causas são julgadas, em 1º grau, pelo Juiz Federal (C.F., art. 109, II). As causas — a que o Supremo julga, originariamente e a que o S.T.J., julga, em recurso ordinário — poderão assentar-se num mesmo tratado, ou numa mesma lei. As interpretações poderão ser diferentes, sem possibilidade de uniformização dessa interpretação.

Noutras causas da competência originária do Supremo Tribunal Federal, interpretará esta Corte o direito federal comum. É o caso da competência originária da letra "f", do inciso I, do artigo 102: as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta. Interpretando o Supremo Tribunal o direito comum, o que ocorrerá, também, com o Superior Tribunal de Justiça, teremos, também aí, duplicidade de interpretação de uma mesma lei, sem possibilidade de uniformização dessa interpretação.

Na competência da letra "n" do mesmo inciso e artigo, dar-se-á o mesmo. Quer dizer, se os membros da magistratura impetrarem

um mandado de segurança no Supremo Tribunal, numa questão, por exemplo, de direito tributário, que envolva interesse de todos os membros da magistratura, o Supremo Tribunal terá que interpretar a legislação tributária comum. A matéria tributária objeto da causa poderá ser discutida, também, no Superior Tribunal de Justiça. E se a decisão deste não abranger o contencioso constitucional, não haverá recurso para o Supremo. E teremos, também por isso, dualidade de interpretação do direito comum, o que o constituinte, no fundo, não desejou, mas que, por defeito de técnica na elaboração da Constituição, acabou praticando.

O que fazer, em termos de *lege ferenda*, para a solução do problema? É simples. Assuma a Constituição o que desejou, o que quis: que seja o Supremo Tribunal Federal corte constitucional, guardião maior da Constituição, e que seja o Superior Tribunal de Justiça a corte de direito federal comum, guardião maior da lei federal comum na federação brasileira. Para que isto ocorra, devem ser retiradas da competência do Supremo Tribunal as questões puramente de direito comum, estejam estas na sua competência originária ou na sua competência recursal ordinária.

Meus senhores. É hora de terminar a nossa palestra, que já vai longa e a noite vai alta lá fora. Permitam-me, entretanto, uma última palavra: quando um grupo de juristas de escol, um grupo de magistrados e de advogados se reúne num debate jurídico do melhor nível, como este, é razoável afirmar que é noite apenas lá fora. Aqui há, na verdade, muita luz. Muito obrigado.